



ת"פ 12743/12/19 - מדינת ישראל נגד אלמוג בר

בית משפט השלום באשקלון

ת"פ 12743-12-19 מדינת ישראל נ' בר
לפני כבוד השופטת טל לחיאני שהם

בעניין: מדינת ישראל
ע"י ב"כ עו"ד חני שנפ
נגד
אלמוג בר ע"י ב"כ עו"ד אבשלום גיספאן
המאשימה
הנאשם

הכרעת דין

פתח דבר

1. על פי הסיפא לסעיף 182 לחסד"פ אודיע כבר עתה כי החלטתי לזכות את הנאשם מהעבירות המיוחסות לו בכתב האישום.

כללי

2. כנגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו ביצוע עבירות החזקת סם שלא לצריכה עצמית והחזקת כלים שלא לצריכה עצמית, עבירות לפי סעיפים 7(א)+7(ג) רישא ו-10 רישא לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש] תשל"ג - 1973 (להלן: "הפקודה").

מכתב האישום עולה כי ביום 16/05/19 בשעה 00:54 או בסמוך לכך, במהלך חיפוש בבית הוריו, נמצא כי הנאשם החזיק במספר מקומות סם מסוכן מסוג קנאביס במשקל כולל של 102.1 גרם שלא לצריכה עצמית.

עוד עולה כי במגירה בחדר השירותים החזיק הנאשם 2 מקססות, 2 משקלים וחבילת שקיות שקופות.

מענה לכתב האישום

3. ביום 14/06/20 כפר הנאשם באמצעות בא כוחו בכתב האישום.

הכפירה התבססה בעיקרה על טענה לחיפוש לא חוקי כיוון שהחיפוש בוצע ללא נוכחות 2 עדים. משכך, עתר ב"כ הנאשם כי בית המשפט יורה על פסילת המוצג כמו גם הודאתו של הנאשם.

עמוד 1

עוד התבססה הכפירה על תקלות בשרשרת המוצג.

דין והכרעה

המוצגים שנתפסו - מקססות, משקלים ושקיות

4. בכתב האישום נטען כי הנאשם החזיק במספר מקומות בחדרו סם מסוכן מסוג קנאביס במשקל כולל של 102.1 גרם שלא לצריכה עצמית, וכן במגירה בחדר השירותים 2 מקססות, 2 משקלים וחבילת שקיות שקופות.

לאחר שמיעת עדויות הבלשים, בשים לב לבלבול הרב באשר לתפיסת המוצגים, סימונם, חוסר משמעותי בשרשרת הסם, כמו גם שעות בהן לא ברור מה נעשה עם הסם שנתפס בחיפוש, ועל אף שהנאשם לכאורה הודה בחקירתו בהחזקת סם, אם כי לצריכה עצמית - הגעתי לכלל מסקנה כי המאשימה לא עמדה בנטל הבאת הראיות כנדרש במשפט פלילי ולא הצליחה להוכיח מעל לכל ספק סביר את עובדות כתב האישום.

5. לטענת ע"ת 1, **השוטר נתנאל דוידוביץ**, במהלך החיפוש בבית מצא בקומה הראשונה, בשירותים הצמודים לחדר, במגירה שמאלית, 2 מקססות. בהמשך, מימין למיטה בחדר השינה בתוך שידה, מצא כסף מזומן, 2,450 ₪, וכן 3 סכינים צבאיים (**ראו פרוטוקול הדיון מיום 05/07/20 (להלן: "פרוטוקול 1") עמוד 5 שורות 1-5, עמוד 11 שורה 2 ועמוד 12 שורות 16-17**).

בחקירתו הנגדית לא ידע ע"ת 1 לומר מדוע בדוח הפעולה לא רשם כמה מקססות תפס בחיפוש ומדוע בדוח החיפוש לא נרשם כלל שנתפסו מקססות באירוע (**ראו פרוטוקול 1 עמוד 12 שורות 12-20**).

בניגוד לעדות זו, ע"ת 3, **השוטר אלירן שטרית**, טען כי מקססות, משקל ושקיות נתפסו על ידו במגירה בשירותים (**ראו פרוטוקול 1 עמוד 20 שורות 1-2**).

ודוק, ע"ת 2, **השוטר דניאל קלמיקוב**, טען בחקירתו הנגדית כי ראה שע"ת 3 החזיק בידו מקססות אשר תפס (**ראו פרוטוקול 1 עמוד 18 שורות 21-22**).

יתרה מכך, כעולה מחקירתו הנגדית של ע"ת 3, ביום 12/08/19, כ-3 חודשים לאחר ביצוע החיפוש, רשם העד מזכר שבו הסביר כי במהלך החיפוש תפס אף 2 מקססות ו-2 משקלים. בעדותו בבית המשפט לא ידע העד להסביר מדוע הוסיף מזכר זה. יש להניח כי הדבר נעשה כיוון שבדוח הפעולה שלו מיום האירוע רק ציין כי "ראה" את המוצגים ולא "תפס" אותם. עם זאת, בחקירתו הנגדית טען כי הכניס את כל המוצגים שתפס - סם, משקלים ומקססות - לתוך שקית משטרתית אטומה, לא אטם אותה, ובהגיעו לתחנה הפריד בין מוצג הסם ליתר המוצגים. אם כך, מדוע היה עליו לערוך מזכר משלים שכזה? מעבר לאמור, לא ידע העד לומר כיצד סומנו המוצגים, ורק הניח שסימן אותם במעטפה משטרתית נפרדת. אלא שהנחת הנחות במשפט הפלילי איננה מספיקה.



נוסף על המפורט - המאשימה לא טרחה להגיש המוצגים לבית המשפט במהלך שמיעת הראיות (ראו: פרוטוקול 1 עמוד 25 שורות 1-23).

כמו כן, הגם שהנאשם לא הואשם בהחזקת ציוד צה"לי, אציין כי גם בעניין הסכינים הצבאיות שנתפסו לכאורה על ידי ע"ת 1, לטענת ע"ת 2 הוא זה שתפס 3 סכינים צהליים בחיפוש בארון בחדר של אחד הבנים (ראו פרוטוקול 1 עמוד 14 שורות 20-21 ועמוד 18 שורות 1-3).

מהמפורט עולה כי הנאשם מואשם בין היתר, בהחזקת 2 מקססות, 2 משקלים ושקיות, אלא שלא ברור מי תפס הראיות, כיצד אלה סומנו ומהם הראיות שכן שני שוטרים שונים טוענים לתפיסת המקססות, שלא סומנו ולא הוגשו כלל כראיה בבית המשפט.

גם באשר לראיה אחרת שנתפסה לכאורה בחיפוש - סכינים - קיים בלבול דומה.

כמו כן, בעוד ע"ת 3 ציין בחקירתו הראשית כי תפס משקל בלשון יחיד (ראו פרוטוקול 1 עמוד 20 שורה 2), בחקירתו הנגדית ציין כי תפס "משקלים", בלשון רבים (ראו פרוטוקול 1 עמוד 25 שורה 15).

דו"ח החיפוש, אשר מולא באופן רשלני וכלל תיעוד כללי של חלק מהראיות שנתפסו - לא יכול להאיר את עיני בעניין זה.

ע"ת 4, השוטרת אופק מדר, אישרה בחקירתה הנגדית שדו"ח החיפוש לא מפורט ולא משקף איפה נתפס כל דבר, אך סברה שהוא נלווה לדוחות של השוטרים, ועל כן די בכך שתציין בדו"ח מה נתפס בלבד (ראו פרוטוקול 1 עמוד 36 שורות 13-15 ועמוד 36 שורה 30 - עמוד 37 שורה 4).

עיננו הרואות כי כיוון שדו"ח החיפוש מולא ברשלנות, בשים לב לסתירות בין עדויות השוטרים - אין לבית המשפט כלים מספיקים לקביעת ממצאים עובדתיים באשר למי תפס ומה נתפס בחיפוש.

זאת ועוד, כאמור, המדינה בחרה במהלך שמיעת הראיות להימנע מהגשה של המוצג כך שלא ניתן היה לראות מהי הראיה שנתפסה בפועל בחיפוש וכיצד סומנה.

6. הנאשם לכאורה הודה בחקירתו בהחזקת המקססות ושימוש במשקלים ועל כן באשר לשאלת קבילות חקירתו של הנאשם אתייחס בהמשך ההכרעה, אך כבר עתה אציין כי אינני סבורה שניתן לבסס הכרעה כלשהי על חקירה זו.

משהוצגה לנאשם תמונה כלשהי בחקירה ענה הנאשם "מה זה גרינר מה לקחת אותם גם זה מקססה מאמסטרדם מתנה ואשמח לקבל אותה חזרה כי זו מתנה. את השקופה פחות. את זו המתכתית" (ת/10 שורה 80 ות/8 דקה 31:00 עד 31:43).

גם באשר למשקלים, הנאשם ציין בפירוש כי הם לא בבעלותו אך הוא עושה בהם שימוש לצורך שקילת הסם (ת/10 עמוד 3)



שורות 24-25 וכן 8/ת דקה 08:44 עד 09:02).

אלא שמסיבה לא ברורה, לבית המשפט לא הוצגו התמונות שהוצגו לנאשם במהלך חקירתו וכאמור הראיות לא הוגשו, כך שלא ברור לאיזו ראייה התייחס הנאשם בדבריו.

כידוע, גם אם הודה נאשם בחקירתו בביצוע עבירה, על בית המשפט לבחון את משקל הראיה שהוצגה לפניו, וכן לוודא כי קיים "דבר מה נוסף" לחיזוק ההודאה.

וכדברי בית המשפט העליון:

"בתי המשפט הרי מודעים לאפשרות כי נאשם יודה במעשים שלא ביצע. דיו רב נשפך הן בספרות והן בפסיקתו של בית משפט זה על החשש מפני הודאות שווא, גם במקרים בהם ההודאה אינה פרי השפעתן של אמצעים פסולים (ראו, ... דנ"פ 4342/97 מדינת ישראל נ' אל עבד, נא(1) 736 (1998) (להלן: עניין אל עבד) ...). חשש זה מפני הודאות-שווא הביא לעיצובם של "מחסומים ובלמים" לבחינת משקלן של הודאות (כלשונו של הנשיא א' ברק בעניין אל עבד, בעמ' 865). כך, נבחן משקלה של הודאה באמצעות שני מבחנים: מבחן פנימי, בגדרו נבחן משקל ההודאה עצמה לנוכח סימני האמת העולים ממנה, ובהם הגיונה, מידת הפירוט שבה, רציפותה, עקביותה "וכיוצא בהם סימנים של שכל ישר המביאים אדם בר דעת להתייחס לדברי זולתו באימון" (ע"פ 7/1578 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 228, 234 (1979)). ומבחן חיצוני, הדורש לתמוך את ההודאה בתוספת ראיתית מסוג "דבר מה נוסף" - ראייה חיצונית המצביעה על אמיתות ההודאה - שנועדה להפיג את החשש שהנאשם הודה במעשים שלא ביצע (ראו, בעת האחרונה, ע"פ 4855/16 שוויקי נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] בפסקה 28 (11.11.2018); ע"פ 2868/13 חייבטוב נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] בפסקה 86 (2.8.2018)). בין שני המבחנים קיימת "מקבילית כוחות", כך שכלל שההודאה זוכה למשקל גדול יותר, כך יידרש "דבר מה" בעל משקל קטן יותר, ולהיפך (ראו עניין מילשטיין, פסקה 20 לחוות דעתו של השופט א' לוי והאסמכתאות שם). [ראו ע"פ 3880/17 זיאדאת נגד מדינת ישראל (31/12/19)]

עיינתי בחקירתו של הנאשם כפי שתועדה בכתב על ידי החוקרת (10/ת) וכן במערכת ענבל (8/ת).

ניתן לקבוע כי בתחילת החקירה הוסברו לנאשם זכויותיו, וככלל - התיעוד הכתוב תיעד נכונה את מהלך החקירה. כמו כן, עולה הרושם כי הנאשם שיתף פעולה ומסר גרסתו באופן חופשי.

על אף האמור, מהי הראיה החיצונית שיש בה כדי לשמש "דבר מה נוסף"?

בהעדר מוצג, ובשים לב לבלבול בעדויות השוטרים באשר לראיות שנתפסו במהלך חיפוש, כמפורט לעיל, לא ניתן לומר כי קיימת ראיה העשויה לשמש כדבר מה נוסף.

ואם תאמר כי שתיקת הנאשם מלהעיד, שעשויה לשמש חיזוק ואף סיוע בהתאם להוראת המחוקק, היא המשמשת



כ"דבר מה", אפנה לרע"פ 4142/04 מלישטין נגד התובע הצבאי (14/12/06) בו קבע בית המשפט העליון, בדעת רוב, כי שתיקת הנאשם במשפטו לא תהווה באופן מידי "דבר מה נוסף" ויש לשקול הדבר בהתאם לאמות מידה שנקבעו בפסק הדין.

ב"כ המאשימה התייחס ארוכות בסיכומיו להודאתו של הנאשם בחקירתו במשטרה, בעיקר ביחס לסמים, ובאופן מובלע אף למקססות (ראו פרוטוקול הדין מיום 20/10/20 (להלן: "פרוטוקול 2") עמוד 59 שורה 32 - עמוד 60 שורה 11), אך לא ביקש להתייחס לשתיקה כאל "דבר מה" ועל כן אינני מוצאת מקום לעשות הדבר במקומה של המאשימה.

למעלה מן הצורך אציין כי מסופקני אם במקרה דנן שתיקת הנאשם עומדת באמות המידה שנקבעו בפסיקה. אומנם יכולתי להתרשם מתיעוד וידיאו של החקירה, אך בהעדר התמונות שהוצגו לנאשם בחקירתו - אותן תמונות אליהן התייחס לכאורה עת הודה בחקירה, ובהעדר המוצג, כיצד אוכל לבחון את משקלה הפנימי של ההודאה?

המוצגים שנתפסו - סמים

7. ע"ת 3 טען כי במהלך החיפוש, בחדר בקומה השנייה, בארון, מצא פירורים של חומר החשוד כסם וניירות גלגול - מוצגים אשר לא נתפסו על ידו. בהמשך, נכנס לחדר נוסף בקומה הראשונה, שלטענת אמו של הנאשם לא שייך לגל, ובכניסתו לחדר הריח ריח חזק של סמים. כשנכנס לחדר השירותים שבתוך החדר התחזק הריח, ובמגירה של ארון השירותים מצא חומר החשוד כסם, שקיות חלוקה, משקל ומקססות (ראו פרוטוקול 1 עמוד 19 שורה 28 - עמוד 20 שורה 2, עמוד 24 שורות 4-6 ושורות 11-12, עמוד 26 שורה 28 - עמוד 27 שורה 1, ועמוד 28 שורה 20).

לכאורה, בעניין הסמים שנתפסו לא היה בלבול מיהו תופס הסמים והיכן אלה נתפסו, אלא שע"ת 3 תיאר תפיסת הסם באותו מקום ויחד עם המקססות, המשקלים והשקיות (ראו פרוטוקול 1 עמוד 25 שורות 11-16), שלגבי לפחות אחד מהמוצגים - המקססות, קיים ספק ממשי מי תפס אותם. וכאמור, גם בעניין המשקלים, לאור סתירה מהותית בתוך עדותו של ע"ת 3, ישנו ספק בתשובה לשאלה מה בדיוק נתפס על ידו.

8. כפי שעולה מעדותו של ע"ת 3, לאחר שתפס את כל שציין בדו"ח - חומר החשוד כסם, שקיות חלוקה, משקל ומקססות - הוא הכניסם לשקית תפיסה וסימון משטרתית. עם הגיעו לתחנה הוא שקל את הסם, לאחר שאיפס את המשקל, שמשקלו היה 117 גרם ברוטו, מילא דו"ח שרשרת סם, הכניס הסם למעטפה אטומה שמספרה 0356641T והעבירה בשעה 00:55 לחוקר מאיר אבו (ראו סעיף 1 בת/3, ופרוטוקול 1 עמוד 20 שורות 1-8, עמוד 25 שורות 9-16, עמוד 26 שורות 23-24 ועמוד 27 שורות 5-11).

על אף שלכאורה עדות שכזו, בהינתן אטימת השקית והגעתה אטומה למטה הארצי, יש בה כדי להתגבר על הקשיים שפורטו לעיל באשר לתפיסת הסם, הרי שבמקרה זה, אינני סבורה כי ניתן להסתפק בכך.



בחקירתו בבית המשפט לא ידע **ע"ת 3** ליתן הסבר היכן שהו הסמים בין השעה 00:55, השעה בה מסר הסמים לחוקר בהתאם לשרשרת הסם (**ת/3**) ועד לשעה 03:50, בה לפי דוח שרשרת הסם קיבל החוקר לידיו את הסמים והניחם בארון המוצגים (**ראו פרוטוקול 1 עמוד 28 שורות 7-8**).

ודוק, כעולה מחקירתו הנגדית, שקית המוצגים האטומה לא נאטמה בשטח, אלא רק לאחר הגעתו לתחנת המשטרה ולאחר שהוציא חלק מהמוצגים מתוך השקית וביצע פעולות חקירה (**ראו פרוטוקול 1 עמוד 25 שורות 11-16**).

בכך יש כדי להגביר החשש באשר לשאלה האם הסמים שהגיעו בסופו של יום למטה הארצי הם אלה שגם נתפסו בחיפוש.

זאת ועוד, כעולה מחוות דעת המומחה (**ת/6**), לאחר פתיחת השקית האטומה נמצא כי בתוכה היו חומר צמחי בתפזורת, 3 שקיות פלסטיק פתוחות ובתוך כל אחת מהן חומר צמחי, וכן שקית פלסטיק סגורה בסגר ובתוכה חומר צמחי.

בחקירתו הראשית תיאר **ע"ת 3** באופן כללי בלבד כי תפס "סמים" (**ראו פרוטוקול 1 עמוד 20 שורה 2**), ובחקירתו הנגדית הבהיר כי הסם לא היה מחולק אלא בתוך שקית אחת (**ראו פרוטוקול 1 עמוד 27 שורה 13**). אומנם העד הבהיר כי במידה ובתוך שקית אחת החומר היה מחולק ל-3 שקיות הוא לא יפריד בין השקיות והכל ישקל יחד בתחנה (**ראו פרוטוקול 1 עמוד 27 שורות 15-16**), אלא שמתיאור המוצג כפי שפורט בחוות הדעת, היו מספר מוצגים נפרדים - חומר צמחי בתפזורת, 3 שקיות פתוחות (לא ארוזות בתוך שקית אחת) ושקית פלסטיק נוספת. חלוקה שכזו של המוצג בוודאי הייתה צריכה לבוא לידי ביטוי בדו"ח הפעולה ובעדותו הראשית של העד בתיאורו את הסם שנתפס.

9. אם לא די בכל חוסר הבהירות האמורה, בדו"ח שרשרת הסם (**ת/3**) חסר סעיף שלם, רובריקה מספר 3, שלא מולא כלל על ידי אחת החוליות שבשרשרת.

כעולה מת/3 ביום 16/05/19 הכניס, לכאורה, החוקר מאיר אבו את המעטפה האטומה לארון מוצגים. ומדוע לכאורה? שכן החוקר מאיר אבו, איננו מופיע כע"ת ברשימת העדים בכתב האישום, ועל אף כפירת ב"כ הנאשם בשרשרת הסם, עד זה לא העיד לפניי. כך שלמעשה אינני יכולה לקבוע כי פעולה זו אכן בוצעה ולמעשה אינני יודעת היכן הייתה המעטפה בליל החיפוש.

כאמור, רובריקה 3 בת/3 לא מולאה כלל, וניסיונות **ע"ת 6**, החוקרת צליל בן דוד, להעריך מה עשתה עם השקית בהתבסס על רישומיה בשרשרת הסם **ת/4** הם השערה בלבד, ואין בכוחם לאפשר קביעה ברף הנדרש בהליך הפלילי בשאלה מה נעשה עם השקית האטומה. מה גם שהעדה הבהירה במענה לשאלת בית המשפט כי איננה זוכרת כלל את מעשיה בתאריך הרלבנטי (**ראו פרוטוקול 2 עמוד 52 שורה 32**).

10. כמו כן, הרובריקה האחרונה, מספר 4 בת/3 נרשמה לכאורה על ידי אמנון גנאור ולפיו ביום 16/05/19 בשעה



08:50 קיבל לידיו מידי ע"ת 6 את השקית האטומה והוא שרשם אותה כמוצג.

גם אם אניח כי המצוין כע"ת 9 ברשימת עדי התביעה - "מוצגים (סמים, כלים) - יוגשו באמצעות רשם המוצגים תחנת אשקלון" מספיק על מנת שניתן יהיה להתייחס לאמור כאל רישום הרשם, אמנון גנאור, כעד תביעה, בסופו של יום, ב"כ הנאשם כפר בשרשרת המוצג, לא ויתר במפורש על ע"ת 9 והמאשימה לא ביקשה לזמנו להעיד, כך שמסופקני אם ניתן לקבוע ממצא עובדתי כלשהו הנוגע לשרשרת הסם על בסיס הרישום בת/3.

לא מצאתי מקום להכריע בסוגיה זו שכן הכשלים הרבים והמהותיים, שפורטו לעיל, בפעילות השוטרים, בתיעוד התפיסה, ברישום המוצגים ובשרשרת הסם מספיקים כדי לקבוע שקיים ספק סביר האם הסמים שהגיעו למעבדה הם אכן הסמים שנתפסו בחיפוש.

11. מעבר לצורך ציין כי גם באשר לסמים שנתפסו לכאורה על ידי ע"ת 4, שבגינם לא יוחסה לנאשם עבירה כלשהי - קיים קושי בדו"ח השרשרת.

ע"ת 4 טענה בחקירתה הראשית כי מצאה בחדר של אחד מהילדים, בקומה הראשונה, קופסת סיגריות ובה סיגריה מגולגלת שנעשה בה כבר שימוש חלקי (ראו פרוטוקול 1 עמוד 29 שורות 22-25).

העדה המשיכה וטענה כי את הסיגריה המגולגלת שמצאה הביאה לתחנה, שקלה, הכניסה לשקית, והעבירה אותה לחוקר (ראו פרוטוקול 1 עמוד 29 שורה 25).

בת/4 צוין כי החומר החשוד כסם מסוג קנאביס, במשקל של 0.3 גרם, אשר נתפס על ידי ע"ת 4 וסומן 1(א), הוכנס למעטפה 0627917T, והועבר בשעה 2:25 לשוטר מאיר אבו. עם זאת, השוטר מאיר אבו ציין בדו"ח כי קיבל מאופק מדר את המוצג רק בשעה 03:30.

בחקירתה הנגדית, טענה ע"ת 4 כי השעה שהיא ציינה היא הנכונה, וטענה כי "אולי הוא היה עסוק והחליט לחתום על זה בעיכוב" (ראו פרוטוקול 1 עמוד 37 שורות 27-31).

כאמור לעיל, החקר מאיר אבו לא נרשם כעד תביעה, לא זומן לעדות, ומשכך אין כל דרך ליישב הסתירה בדו"ח השרשרת.

12. כשאלה פני הדברים, הגם שחוות הדעת (ת/6) קבעה כי החומר שנמצא במעטפה הוא סם מסוכן מסוג קנאביס - אינני יכולה לקבוע כי זהו החומר שנתפס במהלך החיפוש.

13. ואם תאמר כי הנאשם הודה בחקירתו ועל כן אפשר להרשיעו על בסיס הודאת החוץ שמסר - אומר כי צפייה מדוקדקת בחקירה מעלה כי אין וודאות שהנאשם בחקירתו התייחס דווקא לסם שנתפס בחיפוש.

עת הוצגו לנאשם תמונות בחקירתו, שכאמור אינני יודעת מה תיעדו, ציין הנאשם כי מדובר ב"קרשים" והמשיך והבהיר



כי "אם זה מה שמצאתם במגירה שלי אז כן זה שלי, אין לי דרך לזהות דרך העיניים, דרך תמונה" (ת/10 שורה 82). דהיינו, הנאשם בחקירתו לא מאשר כי התמונה שהוצגה לו היא הסמים שלו, שלכאורה נתפסו בחיפוש, אלא מתנה את הדבר בכך שמדובר במה שנמצא במגירה - דבר שכאמור אינני יכולה לקבוע.

לא זו אף זו, צפייה בתיעוד החקירה (ת/8) מעלה כי לקראת סיום, לאחר שהוצגו לנאשם התמונות, הוא פונה לחוקרת ושואל אותה אם יש לה עוד משהו להראות לו וכדבריו "זהו? זה כל מה שיש לך להראות לי? הראת רק את הקרשים. אמרת שהיו עוד שקיות" (ת/8 דקה 36:10 ואילך).

דהיינו, נראה כי במהלך החקירה כלל לא הוצגו לו שקיות ובהם סמים. האם כאלה אכן נתפסו? צולמו? קשה לומר בהעדר המוצג ו/או התיעוד שהוצג לו.

לאחר שהחוקרת שוב מאפשרת לו לצפות בתמונות כל שהוא אומר זה "אהה... אוקיי. אז ככה אני בכלל לא יכול לדעת. רואים שם רק את הקרשים. צריך להבין מה קורה שם" (ת/8 דקה 36:25). אמירה שבוודאי איננה מהווה הודאה בהחזקת כמות הסם שיוחסה לו בכתב האישום ומעלה ספק האם בכלל נתפסו ותועדו סמים בתוך שקית.

ערה אני לעובדה כי בפתח חקירתו טען הנאשם כי עושה שימוש בקנאביס ואמר כי אצלו נתפסו קנביס לצריכה עצמית 50 גרם (ת/10 שורות 6-18). עוד הסביר כי הסם היה במספר שקיות, אחת עם 10 גרם ושקית נוספת ובה 40 גרם קנאביס (ת/10 שורות 18-26), אלא שכתב האישום איננו מייחס לנאשם החזקת סם לצריכה עצמית בכמויות אלה. מה גם, שבנסיבות תיק זה, ההתנהלות הרשלנית של השוטרים בשטח, דרך הכנת כתב האישום הלא יסודית, כמו גם הניהול הקלוקל של התיק על ידי המאשימה, ומשלא ביקשה המאשימה שבית המשפט יעשה שימוש בסמכותו על פי סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב - 1982, אינני סבורה כי זה המקרה בו יש להרשיע את הנאשם בעבירה זו.

זאת ועוד, כפי שפירטתי לעיל, להודאתו של הנאשם לא קיים "דבר מה נוסף", ואינני סבורה כי בנסיבות תיק זה שתיקתו של הנאשם יכולה לשמש דבר מה נוסף.

משקבעתי כך, כבר עתה ניתן לקבוע כי קיים ספק סביר באשמת הנאשם המוביל לזיכוי. אשר על כן, ומעבר לנדרש, אתייחס בקצרה לשאלת חוקיות החיפוש.

חוקיות החיפוש

14. סעיף 26 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש] התשכ"ט - 1969 (להלן: "פסד"פ") קובע כי חיפוש, בין על פי צו ובין שלא על פי צו, ייערך בפני שני עדים שאינם שוטרים, אלא אם... "(3) תופש הבית או המקום שבו נערך החיפוש, או אחד מבני ביתו הנוכחים שם, ביקש לערוך שלא בפני עדים, הבקשה תפורט בפרוטוקול שייערך".

בע"פ 482/20 כסאב מטר נגד מדינת ישראל (04/06/20) (להלן: "פס"ד מטר") התייחסה כב' השופטת ברק



ארז למטרת נוכחות שני עדים בחיפוש בקובעה כי "חיפוש משטרתי צריך להיערך בפני שני עדים שאינם שוטרים אלא אם מתקיימים החריגים המנויים בו. דרישה זו אינה פורמאלית גרידא, אלא מכוונת להגשים תכליות מהותיות חשובות, שעניינן שמירה על פרטיות והבטחת האמינות והניטרליות בביצוע החיפוש".

ודוק, כעולה מנוסח סעיף החוק, וכפי שהובהר בסעיף 7 לפס"ד מטר, רק בקשה של תופש הבית שלא לערוך החיפוש בפני שני עדים, היא המייתרת דרישה זו לנוכחות עדים.

במקרה המונח לפני, כעולה מדו"ח החיפוש (ת/2), בעלת הבית - אימו של הנאשם - נרשמה כעדה לחיפוש, אלא שעיון בהוראות החוק מוביל למסקנה כי תופש המקום לא יכול לשמש אף כעד.

סעיף 28 לפסד"פ קובע כי "תופש הבית או המקום שמחפשים בו, או אדם מטעמו, ינתן לו להיות נוכח בחיפוש, ולפי דרישתו ימסר לו העתק של רשימת החפצים שנתפסו, חתום בידי העדים או בחותמתם".

דהיינו, המחוקק הבחין בין עדים לתופש הבית או המקום. דבר דומה גם ניתן ללמוד מניסוח סעיף 26(א)(3) לפסד"פ.

נראה כי מסקנה זו אף עולה בקנה אחד עם תכלית החוק כפי שפורטה לעיל. ככל שיידרש בית המשפט להכריע בדבר טענות לעניין אופן ביצוע החיפוש על ידי המשטרה, ברי כי תופש הבית או המקום עשויים להיתפס כבעלי עניין. מכאן, שגם על מנת להשיג את תכלית החוק יש להעדיף את הפרשנות הקובעת כי נדרשת נוכחות 2 עדים אובייקטיביים, שאינם שוטרים ואף אינם תופשי המקום או הבית.

[ראו גם בש"פ 3377/97 תאופיק נגד מדינת ישראל (06/06/97)].

כך יוצא כי בפועל, החיפוש, על אף הוראת סעיף 26 לפסד"פ וקביעת בית המשפט בצו החיפוש שהיווה בסיס לחיפוש (ת/1), בוצע ללא נוכחות עדים.

15. ב"כ המאשימה טען כי לאור עדויות עדי התביעה - השוטרים שביצעו החיפוש - יש לקבוע כי לבעלת הבית ניתן הסבר בדבר זכותה לוותר על נוכחות 2 עדים וזו ביקשה לוותר על נוכחותם. ומשכך, לטענת ב"כ המאשימה - יש לקבוע כי החיפוש בוצע כדין.

האומנם?

ע"ת 1 תאר כי בהגיעו לבצע חיפוש בבית בו מתגורר הנאשם בהתאם לצו חיפוש (ת/1), כאשר בתחילה נתקלו בחצר הבית בכלבי פיתבול משוחררים ועל כן המתינו להגעת וטרינר תורן. לטענתו, המתינו כשעה ליד הבית עד להגעת הווטרינר, אשר סייע בלכידת אחד הכלבים (ראו פרוטוקול 1 עמוד 4 שורות 24-26). בשלב זה הזדהו השוטרים בפני בעלת הבית, תמר, והוצג לה הצו. כמו כן "אמרנו לה שהיא זכאית לשני עדים, היא סירבה וגם חתמה על זה בדוח. היא נתנה לנו להיכנס לבית" (ראו פרוטוקול 1 עמוד 4 שורות 30-31).



עם זאת, בחקירתו הנגדית הבהיר **ע"ת 1** כי לא יודע מי הסביר לבעלת הבית בדבר זכותה לנוכחות 2 עדים במהלך החיפוש, וכי לא הוא שאמר לה את הדברים (**ראו פרוטוקול 1 עמוד 7 שורות 5-7**). העד אף לא ידע לציין למי הודיעה בעלת הבית שהיא מוותרת על זכותה לנוכחות 2 עדים בחיפוש (**ראו פרוטוקול 1 עמוד 10 שורות 9-10**).

ע"ת 3 אישר בחקירתו הנגדית שאסף, שהיה ראש המשמרת (ושלא נרשם כעד תביעה כלל), הוא שהראה לבעלת הבית את הצו (**ראו פרוטוקול 1 עמוד 22 שורות 13-14 ועמוד 23 שורות 10-11**).

ע"ת 4 טענה כי הוסבר לאם "שיכולים להיות איתה עוד 2 עדים והיא אמרה שזה בסדר, מספיק שהיא תהיה" (**ראו פרוטוקול 1 עמוד 29 שורות 16-21 ועמוד 34 שורות 25-30**). על אף האמור, בחקירתה הנגדית לא ידעה העדה לציין מי היה זה שנתן ההסבר לבעלת הבית (**עמוד 35 שורות 6-7 ושורות 24-25**) והניחה כי לא היא זו שעשתה זאת (**עמוד 35 שורות 11-12**).

כפי שניתן לסכם ולומר, עדויות השוטרים הנוגעים לחוקיות החיפוש היו מתחמקות ומיתממות, כשלמעשה אף אחד לא ידע לומר מי הסביר וכיצד הוסבר לבעלת הבית על זכותה לעדים ובוודאי שלא עלה כי היא זו שביקשה לוותר על זכותה.

מעבר לאמור, אם אכן הוסברה לבעלת הבית זכותה לנוכחות שני עדים אובייקטיבים בחיפוש, עדים שאינם תופש הבית, מדוע זו נרשמה כעדה ואף חתמה על דוח החיפוש כעדה לחיפוש?

מהמפורט לעיל עולה כי על אף חשיבות נוכחותם של 2 עדים ניטרליים בחיפוש, האפשרות לוותר עליהם רק לבקשת תופש הבית, והצורך להסביר לו זכותו לאמור, בפועל לא ברור מי הסביר לבעלת הבית את זכותה, ומי שמע ותיעד כנדרש את בקשתה לוותר על זכות זו, אם בכלל התקיימה בקשה שכזו.

ודוק, ברור כי מילוי דו"ח החיפוש, על אף חשיבותו בתיעוד מסגרת החיפוש והראיות שנתפסו במהלכו, מולא באופן רשלני.

ע"ת 4 אישרה בחקירתה כי יתכן ולא מילאה את הדו"ח 'כמו שצריך', שכן החתימה את בעלת הבית גם בתור תופשת המקום וגם בתור עדה, ציינה בקווים כללים בלבד את שנתפס, ומחמת טעות אף החתימה את האם על כך שמסכימה לערוך חיפוש ללא צו על אף שהיה להם צו מטעם בית המשפט (**ראו פרוטוקול 1 עמוד 34 שורה 3, עמוד 35 שורה 5, ועמוד 37 שורות 11-12 ושורות 17-18**).

כך יוצא, כי לא ניתן לעשות שימוש של ממש בדו"ח החיפוש לצורך קביעת ממצאים כלשהם בהליך זה, ובוודאי שלא ניתן לקבוע על בסיסו כי תופשת המקום, בחתימתה על הדו"ח כמי שמוותרת על נוכחות שני עדים, אכן ביקשה שלא לערוך חיפוש בנוכחות שני עדים לאחר שהוסברו לה זכויותיה.

משכך, ניתן לקבוע כי החיפוש נערך שלא כדין.



נפיקות עריכת חיפוש שלא כדן

16. במקרה זה מצאתי להימנע מקביעה ברורה מהי הנפיקות שבעריכת חיפוש שלא כדן, שכן כאמור אופן תפיסת המוצגים העלה ספק סביר המהווה סיבה מספקת לזיכוי בתיק זה.

מה גם, שאינני בטוחה כלל כי בנסיבות תיק זה הקביעה הנכונה היא פסילת המוצג וההודאה (אם כזו קיימת כלל).

בע"פ **5121/98 יששכרוב נגד התובע הצבאי 04/05/06** (להלן: "**הלכת יששכרוב**") קבע בית המשפט העליון כי אין בעצם השגתה של ראייה שלא כדן כדי להביא לפסילתה באופן אוטומטי. בהתאם לפסק הדין, בהחלטה אם לפסול ראיות שהושגו שלא כדן, על בית המשפט לאזן בין הערכים המתנגשים, כאשר על כפות המאזניים עומדים מחד גיסא הצורך להגן על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי, ומאידך גיסא, ערכים ואינטרסים ציבוריים שונים, וביניהם גילוי האמת, הלחימה בפשע וההגנה על זכויותיהם של נפגעי עבירה.

בהתאם **להלכת יששכרוב**, בבוא בית המשפט להכריע בסוגיה עליו לאזן בין 3 שיקולים שונים - חומרת אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראייה, מידת ההשפעה של הפגם על הראייה שהושגה, והשפעת פסילת הראייה על מלאכת עשיית הצדק במובן הרחב, תוך בחינת המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראייה אל מול התועלת החברתית שתביא הפסילה.

[ראו גם בע"פ **10141/09 בן חיים נגד מדינת ישראל (06/03/12)**].

בע"פ **(נצרת) 38/83 בן קיקי נגד מדינת ישראל פד"י תשמ"ד (2) 185** קבע בית המשפט המחוזי עוד בשנות השמונים של המאה הקודמת כי "**כבר הודגשה החומרה שבעריכת חיפוש בביתו, בכליו או על גופו של אדם, ומשעה שנעשה מעשה דרסטי זה המציב אדם עירום ועריה, מן הדין הוא שהדבר יבוצע תוך הקפדה יתירה על כל תו ותג שבחוק. ולא שמונה, ולא שמונים ואף לא ריבוא שוטרים אינם יכולים לבוא במקומם של עדים זרים ניטרליים שהחוק מחייב נוכחותם בעת חיפוש. אי קיומן של הוראות אלה על ידי המשטרה, עושות את החיפוש לבלתי חוקי מעיקרו, שכן אין החוק מתיר כל שקול דעת לשוטרים להחליט כיצד והיכן לבצע את החיפוש, ועליהם לקיימו אך ורק לפי הקבוע בחוק**".

כפי שקבעתי לעיל, החיפוש בוצע בניגוד להוראת המחוקק ותנאי הצו, ובשים לב לחשיבות נוכחותם של עדים ניטרליים במהלך החיפוש יש לקבוע כי קיימת פגיעה משמעותית בזכותו של הנאשם לקיומו של הליך הוגן. עם זאת יש לציין כי חומרת הפגיעה פוחתת בשים לב לעובדה כי החיפוש בוצע בהתאם לצו שיפוטי.

זאת ועוד, לא ניתן לקבוע ואף לא נטען, כי הראייה שהושגה - הושגה כתוצאה מאי החוקיות. בעניין זה אציין כי כפי שקבעתי לעיל, לא ברור כלל מהו המוצג שנתפס במהלך החיפוש.

אין ספק כי יש להבטיח ששוטרי משטרת ישראל בראש ובראשונה מבצעים תפקידם תוך שמירה על הוראת החוק וצויו בית המשפט. עם זאת, בשים לב לחומרה היתרה שיש בעבירה של החזקת סם שלא לצריכה עצמית, על אף סוג הסם



וכמותו, כמו גם למקום בו נמצא הסם, אינני יכולה לקבוע כי במקרה דנן היה מקום לפסול המוצג ככל שהייתה מוכחת תפיסתו. אם כי, כאמור, אינני מוצאת מקום לקבוע מסמרות.

17. בשולי הדברים אציין כי ב"כ המאשימה הפנה בסיכומיו לפס"ד **מטר** בו בית המשפט העליון לא הורה על פסילת הראיה על אף אי חוקיות החיפוש, אלא שעיון בפס"ד **מטר** מלמד שבית המשפט העליון לא נדרש לדון באותו המקרה בפסילת הראיה, וזאת לאור טיעוני ב"כ המערער שם שנגעו אך לנפקות אי החוקיות לשאלת העונש (**ראו פסקה 12**). משכך, לא ניתן להסיק מפס"ד זה למקרה המונח לפניי.

18. סוף דבר, כאמור ברישא להכרעת הדין, אני מורה על זיכוי הנאשם.

ניתנה היום, 24 נובמבר 2020, במעמד הצדדים